



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Ruiz Peris, Juan Ignacio. El tratamiento de las denominadas Uniones de Empresa en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 499-518. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21027>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

EL TRATAMIENTO DE LAS DENOMINADAS UNIONES DE EMPRESAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

JUAN IGNACIO RUIZ PERIS*

Resumen

El presente trabajo analiza la regulación dada por el Anteproyecto a los instrumentos jurídicos de formalización del control – grupos por subordinación – y de la coordinación empresarial – grupos por coordinación, agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresa. Analiza las novedades regulatorias en el ámbito de los grupos por subordinación y critica la pretensión de homogeneizar en una única categoría de “Uniones de Empresas” ambos tipos de instrumentos organizativa y funcionalmente diversos, la pretensión de construir el régimen de los grupos por coordinación sobre la forma de los grupos por subordinación, la deriva de las UTEs al régimen de las sociedades colectivas y la preservación de la esquizofrenia regulatoria asociación – sociedad y del régimen supletorio de las sociedades colectivas para las Agrupaciones de Interés Económico.

Contenido

1. Introducción. – 2. Grupos. – 2.1. Control y Grupos por subordinación. – 2.2. Dirección única y grupo por coordinación. – 2.3. Deberes de información e inscripción. – 2.4. Interés de grupo y compensación de perjuicios causados a la sociedad dominada. – 2.5. Tutela de los acreedores sociales. – 2.6. Garantías intragrupo. – 2.7. Socios externos. – 2.7.1. Derecho de separación. – 2.7.2. Venta forzosa. – 2.8. Consolidación de cuentas. – 2.9. Reglas de Derecho internacional privado. – 3. Instrumentos de coordinación empresarial. – 3.1. Consideraciones generales. – 3.2. Las Agrupaciones de Interés Económico. – 3.3. Uniones Temporales de Empresas. – 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un verdadero placer y un honor participar en el Homenaje al profesor Rafael Illescas, maestro del Derecho mercantil con el que me unen lazos de respeto y admiración por la extensión, calidad y actualidad de su obra, la creación de una reputada escuela o la representación de la doctrina mercantil española en los más altos foros internacionales, entre otros muchos méritos, pero también de afecto, al haberme tratado siempre generosamente, compañerismo, al haber sido ambos colegas del Real

* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

Colegio de España, y gratitud, al haber el homenajeado mantenido siempre su juicio sereno e imparcial, soportando, en ocasiones, presiones relevantes y continuadas.

Mi admiración por el profesor Illescas excede por tanto lo académico para pasar al ámbito personal.

A la hora de elegir tema dos hechos vinieron rápidamente a mi mente, de una parte la amable invitación que el homenajeado me hizo en 1995 para participar en las sesiones de la Comisión de Simplificación del Ordenamiento Jurídico Económico en materia de Derecho societario en las que propuse la unificación del concepto de grupo en el ordenamiento español, propuesta que contó con el inmediato beneplácito y apoyo del homenajeado y que de hecho pasó a las conclusiones de la Comisión. De otra la continua y amable participación del profesor Illescas en los Simposios y Congresos Internacionales que organizo regularmente en materia de redes empresariales. Con estos antecedentes la elección era clara y me recomendaba centrar mi atención en el régimen que el Anteproyecto diseña para las denominadas “Uniones de Empresas”.

Bajo la denominación “De las uniones de empresas” el Título IX del Libro II del Anteproyecto de Código Mercantil regula sucesivamente, que no de modo conjunto, al carecer de cualquier regulación común¹, las cuestiones relativas al control empresarial y los grupos por subordinación y las que se refieren a los instrumentos de coordinación empresarial entre los que se encuentran los denominados “grupos por coordinación” las Agrupaciones de Interés Económico y las Uniones Temporales de Empresas.

Además de las reglas recogidas en este título existen otras relativas a los grupos que se encuentran en otros preceptos del Anteproyecto como el artículo 215-11 relativo al conflicto de interés, el 233 – 42 relativo al número máximo de votos que pueden emitir las sociedades pertenecientes a un mismo grupo en la Junta general de una sociedad anónima, o el 283 – 18.1 letras c) y e) que declaran indelegable las facultades del Consejo de Administración de determinar la política de gobierno corporativo y la estructura del grupo del que sea entidad dominante. Reglas de las que el Anteproyecto de Código se encuentra plagado demostrando el carácter híbrido del planteamiento conceptual en el que se funda la regulación de los grupos en el mismo, que parte de un lado, de la técnica de crear una regulación sistemática y concentrada en una sección del Código, a la alemana, y de otro de la de abordar fragmentariamente la cuestión precepto a precepto atendiendo a la percepción de la necesidad de dar una dimensión de grupo a determinados preceptos e instituciones por otro, que a falta de una jurisprudencia creadora de Derecho como la existente en los países de *common law* da lugar en nuestro sistema a este verdadero rosario de referencias inconexas al grupo presentes en el Anteproyecto.

De otra parte existen otras reglas relativas a los grupos por subordinación que quedan fuera del propuesto Código Mercantil como las contenidas en la Ley Concursal, o en la normativa de defensa de la competencia, además de las relativas a sectores regulados.

¹ Crítico a este respecto se muestra también EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho mercantil*, 2013, nº 290, págs. 53-67 (55).

Nosotros centraremos nuestra atención en este trabajo en la regulación contenida en el Título IX.

La reunión de los instrumentos de control y los de coordinación empresarial bajo un mismo epígrafe y la inclusión de la figura del grupo por coordinación junto al grupo por subordinación en el Capítulo I del Título IX del libro II titulado “De los grupos de sociedades”, demuestran esta tendencia unitaria en el tratamiento de estas figuras que se ve desmentida por la ausencia de una definición unitaria de grupo en el artículo 291 – 1 que funda la noción de grupo por subordinación en la constatación de la existencia de una posición de control, en tanto que reconoce la existencia de un denominado “grupo por coordinación” cuando exista dirección unitaria.

En mi opinión deberíamos abandonar los esfuerzos por lograr una regulación conjunta del denominado “grupo por coordinación” y del grupo por subordinación, ya que en ellos se plantean problemas muy distintos. Ningún sentido tiene hablar en los denominados “grupos por coordinación” de balances consolidados, de autocartera, de protección de los socios externos o de los acreedores de las filiales, o la actuación en conflicto de interés, con lo que la referencia del artículo 291-4 a que la normativa prevista en el Código proyectado será aplicable, “en lo que proceda” a los grupos por coordinación², no parece ser, en este contexto, más que un verdadero brindis al sol.

Es cierto que en algunas ocasiones la regulación de modo común del grupo por subordinación con el de coordinación puede tener sentido, tal y como sucede en el artículo 215- 13.2 letra a) respecto a la condición de persona vinculada a un administrador persona jurídica, único supuesto en el que el Anteproyecto establece la única norma específica que menciona expresamente los grupos por coordinación en el Anteproyecto, pero no es menos cierto que la vinculación será mucho más débil en el caso de los denominados “grupos por coordinación” y que su fundamentación puede encontrarse fácilmente fuera de la dirección unitaria dado que procederá de los posibles intereses compartidos por las empresas coordinadas y no de la posible sumisión a la voluntad del administrador persona jurídica – muy improbable en los denominados “grupos por coordinación” - que es riesgo que el precepto legal pretende conjurar.

El resto de las normas específicas que encontramos en el Anteproyecto hacen referencia a los grupos en general o en particular a los grupos por subordinación. Las primeras exigen la interpretación respecto de si serán aplicables a los grupos por coordinación o no. Lo cual puede representar un esfuerzo complejo, ser fuente de litigios y aun peor de doctrinas fragmentarias entre las audiencias y tribunales convirtiendo el futuro Código en fuente de inseguridad jurídica.

Un ejemplo pone de relieve como estas aparente inocentes soluciones resultan arriesgadas Así la regla del artículo 232 – 8. 1 relativa al carácter libre de la transmisión de las participaciones sociales entre miembros del grupo, salvo disposición contraria de los estatutos, que en principio parecería aplicable a los grupos por coordinación, plantea

² Como indica ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades en el Anteproyecto de Código Mercantil” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.) *Hacia un nuevo Código mercantil*, THOMSON, REUTERS, ARANZADI, 2014, págs. 215 – 236 (220) “Ciertamente el régimen sustantivo se ha diseñado para los grupos por subordinación, limitándose a una remisión normativa (“se aplicará en lo que proceda”) para el régimen jurídico de los grupos por coordinación”.

el problema de que en éstos, a diferencia de cuanto sucede en los grupos por subordinación, su aplicación podría suponer un cambio sustancial y no meramente formal de la titularidad, al ser los distintos miembros del denominado “grupo por coordinación” sujetos con intereses independientes no alineados más allá de los intereses compartidos en el seno del grupo por coordinación, frente a los miembros del grupo por subordinación cuya total actividad está encaminada a la consecución de intereses fijados en el seno del grupo alineados con los de la dominante.

Kant puede pasar todos los días por la plaza y el reloj sonar a su llegada pero no es la aparición de filósofo la que genera el repiquetear. Estos casos de coincidencia no justifican un tratamiento unitario. De hecho con el mismo fundamento que hemos apuntado no hay ninguna razón para que, en su caso, la consideración como persona vinculada no fuera extendida a otros instrumentos de coordinación empresarial como las UTEs o las AIEs, con identidad de razón respecto de aquella, que funda la calificación como vinculadas de las entidades miembros de los denominados “grupos por coordinación”. Si los miembros de éstos pueden ser considerados personas vinculadas también podrán serlo los de aquellos sin que a nadie se le ocurra incluir las UTEs o las AIEs en el ámbito de los grupos, opción dogmática que ha venido siendo negada de forma continua y unánime durante décadas por la doctrina europea.

Parece, por tanto, más razonable, desde mi punto de vista, reubicar los llamados “grupos por coordinación” preferentemente despojándoles de la denominación de “grupo” dentro de los instrumentos de coordinación empresarial con los que presentan mayores afinidades, separando la regulación de ambas cuestiones, subordinación y coordinación empresarial de modo claro, sin pretender la tarea, más que difícil de nostalgia asegurada, de crear un cuerpo conceptual común y útil para ambos tipos de instrumentos.

2. GRUPOS

2.1. Control y grupo por subordinación

El artículo 291-1 establece que existe grupo por subordinación “cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.”

Con ello el Anteproyeto se acoge a la concepción orgánica de grupo³ reconociendo los grupos de hecho, en mi opinión con acierto, tomando en consideración la realidad existente y no exigiendo artificiosos mecanismos de constitución contractual, cuyo éxito ha sido escaso aun en una sociedad tan formal como la alemana⁴.

³ En sentido similar también EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 58.

⁴ En contra EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 59 a 61 quien postula la introducción en nuestro ordenamiento de los denominados grupos contractuales atendiendo a la seguridad que conlleva respecto a la determinación del momento inicial de la creación del grupo y por tanto a la legitimación del “poder de dirección”. A nuestro juicio la constatación *ex post* de la concurrencia de las circunstancias que determinan la existencia de grupo por subordinación – existencia de control – en el momento en que se impartió la instrucción es suficiente para garantizar la legitimidad de la instrucción

De otra parte no establece una regulación separada o modalidades de regulación para los grupos centralizados o descentralizados lo que como indica EMBID IRUJO puede ser una “postura equivocada”⁵.

El precepto no define qué debe entenderse por control por lo que de acuerdo con lo que hace veinte años expusimos este puede ser configurado como un poder y en particular con el poder de influir de modo determinante en las decisiones de otra entidad. La determinación de la existencia de una posición de control en los términos antedichos conllevará la consecuencia de que la instrucción impartida podrá considerarse ejercicio legítimo del control por parte de los administradores de la sociedad dominante aunque su ejecución por los administradores de la sociedad dominada perjudique a ésta. La constatación del ejercicio del control no precisa necesariamente la de la concurrencia en el caso de ninguna de las presunciones previstas en el artículo 291-3.1. Basta, por tanto, de una comprobación ex post de la concurrencia de los presupuestos que determinan la aplicación del precepto – concurrencia del poder en los términos antedichos - que legitima el ejercicio del control por parte de los administradores de la dominante.

Resulta especialmente interesante que el grupo existirá “cualquiera que sea el fundamento del control” esto es, con independencia de que provenga de la participación en el capital, de un contrato o de vínculos personales.

También hay que señalar que se entenderá que existe grupo cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural, solución a un viejo problema que hay que aplaudir. Sin embargo queda sin resolver la cuestión de los grupos familiares – en las que diferentes miembros de una familia controlan diversas sociedades actuando bajo una dirección unitaria -y de las sociedades gemelas – en que varias sociedades están controladas por el mismo grupo de sujetos, en general con la finalidad de aislar el riesgo empresarial de la actividad desarrollada por cada una de ellas – tan usadas en el ámbito de la construcción para aislar los riesgos de la construcción de un edificio respecto a los de otro.

De otra parte resulta igualmente un acierto que la regulación de los supuestos en que quien controla es una persona jurídica con forma no societaria, como sucede en los grupos encabezados por fundaciones y asociaciones. Así se desprende tanto del propio artículo 291-1 como del artículo 291 – 2.2 que establece que las normas del Anteproyecto relativas a la sociedad dominante, con excepción de las relativas a la consolidación de balances se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el control sobre varias sociedades dependientes.

Tan solo los supuestos en que una Fundación o Asociación controle una única sociedad quedan fuera del ámbito de la noción de grupo, opción que resulta al menos discutible al carecer de un fundamento claro.

Aunque no se hace referencia al control indirecto, salvo a lo largo de la regulación, hay que considerar que por control se entiende tanto el directo como el indirecto atendiendo a la regla de cómputo del artículo 291 – 3 in fine, de acuerdo con

impartida por los administradores de la dominante sin que sea necesario determinar en que momento se inició el control y surgió el grupo a este respecto.

⁵ EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 62.

la cual a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

El precepto aborda no solo la cuestión del control indirecto sino también el control mediante testaferros y el control concertado.

Desde la perspectiva terminológica se pierde la posibilidad de diferenciar entre control y dependencia al calificar el artículo 291 a la filial como sociedad dominada o dependiente de modo indistinto por influencia alemana y usar luego en la regulación preferentemente este segundo término. Creo que hubiera sido conveniente emplear el concepto de dominada como equivalente de controlada y reservar el concepto de dependiente para los casos de empresas que carecen de alternativa equivalente (art. 16 LCD), evitando la polisemia actual del término dependencia que tanta confusión causa entre dos instituciones tan distintas como el control y la dependencia económica.

El artículo 291 – 3 añade a las cuatro presunciones *iuris tantum* tradicionales de control- recogidas en las letras a), b), c) y d) – otras dos e) y f) de distinto calado e idéntico fundamento.

Ambas están fundadas en la protección de la apariencia cuyo fundamento se encuentra a su vez en el principio de buena fe⁶ y la doctrina de la confusión de esferas.

La primera, incluida en la letra e) - establece que se presumirá la existencia de control cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo, hay que entender que en supuestos en que no concurra infracción de los derechos de propiedad industrial o de imagen de las citadas sociedades en los que en modo alguno estaría justificada la presunción. De otra parte no se indica si por signo notorio hay que entender únicamente el no registrado como parecería deducirse de la disyuntiva “notorio o registrado” o incluye también los signos notorios registrados.

A mi juicio la referencia a “cualquier otra sociedad perteneciente al grupo” resulta excesiva. Es cierto que existen grupos de imagen múltiple – con múltiples marcas por ejemplo - pero no lo es menos que lo que se pretende es vincular la presunción de control a la confusión o asociación con la imagen del grupo. En este sentido el precepto falla el tiro. No se trata de que la denominación de la sociedad se confunda o evoque la de la sociedad holding⁷ que podría ser anodina B-348 por ejemplo, o la de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo por ejemplo Slovenské Elektrárne respecto al grupo ENEL que podría ser perfectamente irrelevante, sino con la imagen distintiva del grupo.

Con mayor tino el precepto se refiere a que la sociedad incluya en su denominación elementos significativos de un signo distintivo notorio o registrado a nombre de otra sociedad – hay que entender holding – o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.

⁶ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232.

⁷ -Hay que entender que a ella se refiere el “otra sociedad” de la letra d) para evitar una repetición sin sentido con el “cualquier otra sociedad perteneciente al grupo” in fine.

Pero el precepto resulta excesivo al hacer relevante la aproximación a cualquier signo registrado por la sociedad que podría incluso no haber sido usado nunca. En cuanto al caso del signo notorio resulta muy posible que no coincida con el nombre comercial notorio en el tráfico del grupo como sucede por ejemplo en el caso de la marca Zara del grupo Inditex.

De otra parte hay que preguntarnos que debe entenderse por “elementos significativos”.

A mi juicio sería de interés revisar el texto de esta presunción atendiendo a su finalidad y utilizando las técnicas muy consagradas a lo largo de las décadas en materia de signos distintivos. Si lo que se pretende es dar valor presuntivo a la confusión indirecta que se produce cuando un tercero considera que una sociedad debe de estar vinculada a otra por una relación de grupo dado que resulta confundible su denominación y la denominación del grupo dígame. Si se pretende extenderlo a las marcas notorias, registradas o no, de las que sean titulares las sociedades pertenecientes al grupo hágase. Pero más allá la presunción resulta, a mi juicio, claramente excesiva.

La segunda – incluida en la letra f) – presume la existencia de control cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo. En este caso existen otros fundamentos añadidos como la doctrina de los propios actos y la prohibición del engaño. Errata aparte (perteneciente por pertenencia) se trata de un caso clásico de levantamiento del velo de la personalidad jurídica por confusión de esferas reconducido aquí a supuesto de hecho que genera la aplicación de la presunción de control.

2.2. Dirección única y grupos por coordinación

En el caso de los denominados grupos por coordinación el artículo 291 – 4 establece su rasgo definitorio en que “dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común.”

Por “sociedades independientes” debemos entender que no se encuentran sometidas a control, ya que entender que se trata de sociedades jurídicamente independientes, en este contexto, sería un sinsentido dado que toda sociedad lo es. Por actuación coordinada parece que hay que entender aquella libremente consensuada entre las entidades participantes. Hasta aquí todo correcto, pero inmediatamente el precepto exige que estas sociedades independientes capaces de coordinar su actuación por si mismas se sometan a un “poder”, no sé si como consecuencia de algún subconsciente autoritario que impida visualizar varias sociedades que se coordinan voluntariamente entre sí, poder en el que se funda una dirección de carácter unitario – concepción derivada de la tradición germánica - y común – concepción societaria del grupo-.

Pues bien no creo en modo alguno que el grupo sea una proto sociedad – lo cual es ya una vieja discusión - sino una estructura diferenciada fundada en relaciones de control y que lo que se llama grupo por coordinación sea otra cosa que una estructura relacional de carácter coordinado.

En cuanto a la dirección unitaria, concepto oscuro de difícil determinación, de geometría variable, cuya extensión depende del grado de centralización del grupo, lo

que reduce aún más su utilidad práctica, debo decir que no es preciso en modo alguno que surja de ningún tipo de poder que imponga las decisiones a los miembros del grupo, descripción que mal se acompasa con un posible grupo por coordinación.

La dirección unitaria puede y debería tener como base el consenso y la coordinación voluntaria de los miembros del supuesto grupo para que pudiéramos llamarlo verdaderamente grupo por coordinación.

El gran problema que tiene el concepto de “dirección unitaria” es el de su oscuridad y las consecuentes complejidades de prueba que produce que reducen las posibilidades de aplicación de la noción de grupo e incrementan necesariamente el riesgo de litigiosidad. De hecho el ámbito mínimo tradicionalmente exigido al poder de dirección para considerarlo dirección unitaria en la doctrina alemana, que comprende la financiación de la empresa y sus decisiones de explotación de su actividad en el mercado⁸, parece excesivo si nos referimos a los denominados grupos por coordinación que consensuan a través de órganos paritarios aspectos mucho más limitados de su actividad. Además en muchas ocasiones los denominados “grupos por coordinación” coordinan cualquier cosa menos los aspectos financieros.

La vinculación de consecuencias jurídicas a conceptos en el ámbito de la regulación de los grupos resulta progresivamente oscura y compleja desde el control, pasando por la dirección unitaria hasta la unidad económica. Tan solo el segundo de estos conceptos es utilizado en el marco de los grupos por coordinación.

En todo caso la dirección unitaria fundada en relaciones de coordinación no transforma en modo alguno la naturaleza de los denominados grupos por coordinación como instrumentos de coordinación entre entidades.

2.3. Deberes de información e inscripción

El Anteproyecto incorpora en los artículos 291 - 6 y 291- 7 sendos deberes de información e inscripción. El primero parece de utilidad para las sociedades no cotizadas. La entrada o salida de un grupo puede conllevar cambios de política y de sinergias extremadamente relevantes para los socios de la sociedad que por medio de sus propios administradores, informados anteriormente por los administradores de la dominante, serán informados de ello en la primera junta que se celebre.

Especial interés tiene la fijación de un contenido legal del informe en caso de integración de la sociedad en un grupo que comprenderá necesariamente los sectores de actividad de la sociedad que se integra y de las sociedades pertenecientes al grupo en que se integra y las relaciones de negocio existentes entre ellas, así como las fórmulas establecidas para resolver los conflictos de intereses que puedan presentarse.

El segundo establece un régimen de inscripción poco claro y engorroso de la integración o separación de un grupo que por otra parte puede favorecer indirectamente el cumplimiento del deber de información por parte de los administradores de la

⁸ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 225, limita su contenido mínimo a las decisiones financieras.

dominante y permitir la información de terceros otorgando transparencia a estas operaciones.

De acuerdo con el precepto la integración y la separación se inscribirán en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil y se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y, si existieran, en las páginas web de la sociedad dominante y de cada una de las sociedades dominadas.

Dos son pues los métodos de publicidad elegidos, el registral y en su caso el de las web de las sociedades pertenecientes al grupo o que se integra o separa. Parece excesivamente engorroso que el deber afecte a todas las sociedades del grupo, solución que sin duda es la más segura desde la perspectiva de la tutela del derecho de información de los socios externos pero quizá demasiado cara y pesada para llegar a ser cumplida pese a la amenaza de sanciones contenida en el artículo 291 – 8 cuya inclusión hace pensar que el autor de la normativa previó la posibilidad de incumplimiento generalizado.

Parece existir una cierta disarmonía entre el número 1 y 3 del artículo 291 – 7 , en cuanto el primero prevé, en mi opinión con exceso, que la integración o separación se inscribirán en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil, en tanto que el segundo, a mi entender de modo más adecuado, limita el deber de comunicación del registrador del Registro en que se encuentre inscrita la sociedad que se integra o se separa al Registro en el que se halle inscrita la sociedad dominante con exclusión de las restantes sociedades pertenecientes al grupo. La inscripción en los Registros mercantiles en los que éstas se encuentren registradas dependerá, por tanto, del cumplimiento por los administradores de la dominante y de las restantes sociedades pertenecientes al grupo del deber establecido por el artículo 291 – 7.

La inscripción no tiene carácter constitutivo por lo que el régimen de grupos sería de aplicación tanto a los grupos inscritos como no inscritos⁹.

Especial relevancia tiene la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de los perjuicios causados a los socios o a los terceros por el incumplimiento de tales deberes, que como indica ESTEBAN DE VELASCO tiene carácter indemnizatorio que exige la prueba de la relación causal eficiente y suficiente entre el incumplimiento del deber de inscribir y el perjuicio sufrido por aquéllos¹⁰ y las sanciones de diez mil a cien mil euros a los administradores sobre los que recaiga el deber. Esta amenaza con todos los males del infierno parece confirmar la efectiva desconfianza del autor de la norma respecto de su cumplimiento. Una norma jurídico privada que precisa de tales medidas para lograr su cumplimiento quizá no sea plenamente racional.

⁹ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 224.

¹⁰ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 224. Como indica el citado autor tal prueba parece compleja.

2.4. Interés de grupo y compensación de perjuicios causados a la sociedad dominada

El anteproyecto consagra el principio de que el control legítima en interés del grupo la impartición de instrucciones por parte de los administradores de la sociedad dominante a los de la sociedad o sociedades dependientes, aunque su ejecución pueda causar a éstas un perjuicio.

De acuerdo con el artículo 291 – 9.1:

Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad.

Las instrucciones impartidas deberán referirse necesariamente a decisiones que puedan ser adoptadas por los órganos de la sociedad dominante de acuerdo con las facultades que la ley y los estatutos les reconocen que podrán tener carácter ordinario o extraordinario, atendiendo a la necesidad de que respeten los estatutos de la sociedad¹¹.

El reconocimiento y legitimación del interés del grupo plantea en primer lugar el de su definición. La cuestión de cómo debe ser concebido el interés del grupo ha ocupado especialmente a la doctrina germánica. El tema no es nada sencillo y seguro que dará lugar, caso de que el Anteproyecto devenga Código a muy interesantes trabajos. Tan solo decir que el interés de grupo no puede identificarse con el interés de la holding y tampoco con el interés de las filiales. Que a nuestro juicio debe superarse la tradicional concepción que contrapone el interés de la dominante y el interés de las filiales, o aquella que configura el conflicto entre el interés individual de las sociedades que pertenecen al grupo y un interés de grupo extraño a las mismas de carácter quasi metafísico imposible de identificar, en cuanto la verdadera dialéctica se entabla desde la perspectiva del interés de grupo entre el interés del grupo de control y el interés de los socios externos y acreedores de las filiales – incluidos sus trabajadores- tanto en el marco global del grupo como en el particular de la holding o de cada concreta filial. Que las conductas amparadas en el interés social deben tener un potencial reflejo en las cuentas consolidadas. Y que el interés del grupo debe estar sometido a límites en tutela de las filiales, los socios externos y acreedores de las filiales.

Las instrucciones no solo deberán ser conformes con la Ley y los Estatutos de la sociedad dominada sino que no podrán *poner en riesgo la solvencia* de ésta (art. 291 – 9.2). El riesgo de insolvencia es el único límite cuantitativo a la legitimidad del perjuicio causado, lo que a mi juicio no resulta una buena opción. Creo que la protección de la dominada debería adelantarse a la puesta en riesgo de la solvencia de la filial. Por ley debe entenderse cualquier norma de rango legal y no exclusivamente las leyes mercantiles. La cuestión de cuando una instrucción perjudicial puede poner en riesgo de insolvencia a la dominada es difícil de resolver y obliga a hacer una valoración empresarial de la decisión atendiendo a los riesgos que suelen ser asumidos

¹¹ Por su parte EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, págs. 62 y 63 considera que deberán referirse “al giro o tráfico del grupo”.

en el tráfico. En mi opinión parece que para encontrarnos en este supuesto será necesario que las consecuencias de la instrucción conlleven necesariamente el riesgo de insolvencia. No será suficiente que sea una de las posibles alternativas. La conexión entre la instrucción y el riesgo de insolvencia deberá ser clara. No será preciso, sin embargo, probar la existencia de dolo o culpa al estar despojado el precepto de cualquier elemento subjetivo. Bastará con que el cumplimiento de la instrucción pueda considerarse determinará la insolvencia de la dominada para que la instrucción deje de estar legitimada.

No queda claro en el precepto si los administradores de la dominada estarán obligados a cumplir las instrucciones de los de la dominante cuando no sean contrarias a la ley, los estatutos de la dominante ni pongan en riesgo la solvencia de ésta, aunque lo normal es que así lo hagan dado de que sus puestos dependen completamente de aquélla¹². En todo caso el actuar cumpliendo instrucciones no les libera de responsabilidad de acuerdo con el artículo 291.-12.2.

El perjuicio que deberá valorarse, de acuerdo con lo indicado por el artículo 291-10 y la Exposición de Motivos, teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas de la pertenencia al grupo. Frase bastante lacónica que remite a la discutible doctrina de las ventajas compensatorias, de carácter fundamentalmente teórico, cuyos obstáculos aplicativos han sido puestos de manifiesto; sin especificar si debemos seguir criterios cuantitativos o cualitativos de determinación; cuya aplicación requerirá un potente esfuerzo en cada caso, cuya posibilidad y economicidad plantea serias dudas, con el fin de delimitar cuales de estas ventajas o desventajas serán relevantes.

El Anteproyecto establece un sistema de compensación del perjuicio, de modo que la falta de compensación constituye el presupuesto de la responsabilidad por el daño causado que puede exigirse solidariamente a la sociedad dominante, a sus administradores y, en su caso, a los administradores de la propia sociedad dependiente.

De este modo cuando se haya producido un perjuicio a la sociedad dominada como consecuencia de que sus administradores hayan ejecutado una instrucción impartida por los administradores de la dominante, el mismo deberá ser reflejado en el informe de gestión de aquélla, en el que deberán expresarse la causa y la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad así como las condiciones de la compensación.

Compensación que deberá realizar la dominante en el plazo de un año¹³. La cuestión del *dies a quo* de este plazo no queda clara. El artículo 291-11.1 prevé dos casos distintos según el perjuicio fuera objetivamente previsible o no. En el primer caso indica que el *dies a quo* será el de “la fecha de la instrucción”, pero para el segundo nada establece.

La referencia a “la fecha de la instrucción” plantea la cuestión de la determinación del *dies a quo* cuando la fecha en la que se impartió la instrucción y la

¹² Presume el carácter vinculante de las instrucciones EMBID IRUJO, J.M. “Los grupos de sociedades...”, pág. 62. También ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 225.

¹³ Como indica ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 228 “El plazo puede implicar una cierta rigidez en el sistema, pero su ausencia privaría de eficacia a la técnica de protección de la compensación adecuada.”

fecha en la que se recibió no sea la misma. Atendiendo a la finalidad del precepto que parece pretender adelantar al máximo el *dies a quo* en el supuesto de que sea objetivamente previsible el perjuicio, podría optarse por la fecha en que se impartió la instrucción.

Cuando, en cambio, el perjuicio no fuera objetivamente previsible, nada indica el Anteproyecto lo que genera la duda respecto a si el *dies a quo* deberá ser aquél en el que los administradores de la dominada ejecutaron la instrucción recibida, aquél en el que los administradores de la dominada constaten el riesgo de que se produzca el perjuicio como consecuencia de la ejecución de las instrucciones de los administradores de la dominante, o por último diferir el *dies a quo* al momento en que se constate la existencia del perjuicio por los administradores de la dominada. Dada la finalidad del precepto parece más adecuada la primera opción.

Transcurrido el plazo sin que la dominada perjudicada haya sido compensada y de acuerdo con el artículo 291 – 12.1 surgirá la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante y de sus administradores por el perjuicio causado y no compensado, total o parcialmente. Los administradores de la sociedad dominada responderán también solidariamente salvo que prueben que han concurrido tres circunstancias que conllevan su liberación.

Para que proceda la liberación de responsabilidad de los administradores de la dominada será preciso que se cumplan tres condiciones previstas en el citado apartado:

- a) Que los administradores hayan cumplido con el deber de información. Previsto en el artículo 291 – 6.
- b) Que existan elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible. Valoración que debe estar referida al momento en que se ejecuta la instrucción y debe fundarse en el cumplimiento por parte del administrador de la dominada de sus deberes de diligencia y lealtad hacia la sociedad que administra, y
- c) Que la ejecución de las instrucciones no haya puesto en riesgo la solvencia de la sociedad. Lo que requiere un análisis de la misma desde la perspectiva económica y empresarial.

En cuanto a la legitimación activa, la acción de responsabilidad contra la dominante, contra sus administradores o contra uno, varios o todos los administradores de la dependiente, en su caso, puede ser ejercitada por cualquier administrador o socio de la sociedad dominada en defensa del interés social o por cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad. El anteproyecto no determina quien corresponderá el ejercicio de la acción en un contexto concursal, dejando la cuestión a la regulación general del ejercicio de las acciones atribuidas a los acreedores en la Ley Concursal¹⁴.

El Anteproyecto no legitima a la sociedad dominada dado que en general la mayoría o la totalidad del órgano de administración de la misma habrá sido designado con los votos de la dominante o del grupo de control, quienes a su vez controlarán la

¹⁴ ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232 considera que el legitimado será la Administración concursal.

Junta general. Sin embargo cabría la posibilidad en casos de control de hecho de carácter minoritario o en supuestos de control externo de que la Junta votara la exigencia de responsabilidad por lo que hay que considerar que la sociedad directamente perjudicada está legitimada de acuerdo con las reglas generales de la legitimación procesal¹⁵.

Pese a que la referencia a la defensa del interés social se realice tan solo respecto de las acciones ejercitadas por el administrador o el socio de la dominada hay que entender que también los acreedores, en su caso, actuarán en interés de la sociedad y que por tanto la compensación se integrará en el patrimonio de la sociedad y no directamente en el de los acreedores impagados¹⁶. Queda la cuestión de quien deberá sufragar en estos supuestos las acciones de responsabilidad, cuestión a la que a mi juicio hay que responder trayendo aquí las soluciones previstas en materia de ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad, supuesto que presenta identidad de razón con el presente.

El Anteproyecto no prevé, en cambio, ningún tipo de acción directa de los acreedores de la dominada equivalente a la acción individual que permita a estos acceder a una compensación por los perjuicios causados directamente a los mismos como consecuencia de la ejecución por parte de los administradores de la dominada de las instrucciones recibidas de los administradores de la dominante.

En estos supuestos los acreedores lesionados, más allá de la responsabilidad por apariencia de la que nos ocuparemos más adelante, solo podrán ejercer la acción individual de responsabilidad frente a los administradores de la dominada¹⁷, lo que, salvo en los casos en que la administradora de la dominada sea la propia dominante, puede resultar una solución insatisfactoria.

2.5. Tutela de los acreedores sociales

La responsabilidad directa de la sociedad dominante, frente a los acreedores de la sociedad dependiente se regula por el artículo 291 – 13. A diferencia de cuanto ocurría en el supuesto analizado en el epígrafe anterior aquí se trata de una responsabilidad por deudas sociales y no por los perjuicios sufridos por la dominada como consecuencia de la ejecución de las instrucciones de la dominante.

El fundamento de la responsabilidad estriba en la protección de la apariencia. De acuerdo con el número 1 del citado precepto la dominante responderá *cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad*.

No responden aquí solidariamente los administradores de la dominante o de la dominada. La apariencia podrá haber sido creada por cualquier vía. No será preciso ningún elemento subjetivo – dolo o culpa – en la conducta de la dominante. Bastará con

¹⁵ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 232.

¹⁶ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 231 quien señala que con ello el Anteproyecto se separa de las soluciones vigentes en el Codice civile italiano (art. 2497.1) en el que la responsabilidad por los daños causados a la sociedad dominada por ejercicio del control pueden ser reclamados directamente por los socios y acreedores lesionados indirectamente.

¹⁷ Cfr. ESTEBAN DE VELASCO,G. “Grupos de sociedades...”, pág. 231.31.

que sus manifestaciones y aun sus omisiones atendiendo a las circunstancias del caso concreto sean aptas para inducir al error a un empresario razonablemente perspicaz. La responsabilidad tendrá carácter subsidiario respecto la de la dominada, gozando la dominante del beneficio de excusión.

En caso de que la dominante no tuviera domicilio en España, el artículo 291-13.2 prevé una solución bastante atípica en nuestro derecho en tutela del derecho al cobro de los acreedores en modo tal que responderán, también con carácter subsidiario respecto de la dominada, de las deudas de ésta. Aunque nada dice el precepto hay que entender que esta responsabilidad se añade a la dominante y no la sustituye. De otra parte parece que la responsabilidad será solidaria entre las diferentes sociedades pertenecientes al grupo domiciliadas en España, con independencia de la articulación del derecho de repetición entre ellas cuestión que no se aborda en la regulación proyectada.

2.6. Garantías intragrupo

El Anteproyecto en su artículo 291 – 14 da su solución a la siempre debatida cuestión de las garantías intragrupo.

De acuerdo con ella se permitirían las garantías descendentes, esto es, las que presta la dominante a las dominadas. Estas podrán tener carácter personal – fianza – o real – hipotecas o prendas sobre los bienes de la dominante-. La dominante podrá garantizar el cumplimiento de obligaciones de las dominadas tanto directa como indirectamente.

En cambio quedan prohibidas las garantías, personales o reales, de carácter ascendente, prestadas por las dominadas a la dominante, y las horizontales, prestadas por las dominadas a otras sociedades del grupo distintas de la dominante, con las únicas excepciones de que la garantía haya sido prestada en condiciones de mercado por una entidad de crédito integrada en el grupo o de que todas las sociedades del grupo hubieran garantizado solidariamente y en el mismo acto las deudas contraídas por alguna de ellas.

Ésta, a nuestro juicio, demasiado estricta y no suficientemente meditada normativa puede eliminar, sin que se pueda intuir el motivo, prácticas plenamente fisiológicas de organizar financieramente los grupos y aprovechar sus sinergias desde la perspectiva financieras, y al mismo tiempo ignora prácticas extendidas en algunos grupos como la posibilidad de establecer una sociedad caja fuerte distinta de la dominante que posteriormente prestará garantías a las restantes sociedades del grupo.

De las dos excepciones previstas centraremos nuestra atención en la segunda dado el claro fundamento de la primera.

La segunda excepción parece pensada en un contexto pre concursal y en particular de acuerdo de refinanciación. A nuestro juicio puede resultar una exigencia exagerada, en particular respecto a los grupos multinacionales y en supuestos de garantía horizontal exigir la garantía de todas las sociedades pertenecientes al grupo. A

lo sumo habría que interpretar en este caso de todas las que consolidan balance en España¹⁸.

2.7. Socios externos

Bajo el título “De los socios externos” la sección 5ª establece dos medidas antagónicas. La primera, en interés de éstos, configura el derecho de separación como instrumento de tutela. La segunda, en interés de la dominante, permite a ésta adquirir sin el consentimiento de los socios externos sus acciones o participaciones, en determinadas condiciones.

Por socios externos se entiende, de acuerdo con el artículo 291 – 15 los socios de la dominada que no tengan participación directa o indirecta en el capital de la sociedad dominante. No quedan incluidos, por tanto, los socios de la dominante ajenos al grupo de control, cuya tutela se confía a las reglas generales del Derecho de sociedades, en particular a las de la responsabilidad de los administradores por conductas contrarias al deber de lealtad.

2.7.1. Derecho de separación

El derecho de separación se configura como instrumento de tutela para las sociedades cerradas, en particular para cualquier sociedad que no tenga su capital dividido en acciones admitidas a cotización en un mercado secundario oficial.

El derecho se confiere al socio externo en dos casos: por integración de la sociedad en un grupo (art. 291 – 16) y por perjuicio a la sociedad dominada sin compensación adecuada (art. 291 – 17).

En el primer caso el plazo para el ejercicio del derecho de separación será de tres meses a contar desde la primera de estas dos fechas: la de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de la integración de la sociedad en el grupo o aquélla en la que el socio hubiera tenido conocimiento de la integración (art. 291 – 16.2).

En el segundo, esto es en caso de perjuicios no compensados adecuadamente, el plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un año a contar desde que el socio hubiera conocido o debido conocer la existencia de perjuicio sin compensación adecuada. La determinación del *dies a quo* presenta aquí algún problema dado que el momento en que se conoce que se ha producido el perjuicio y aquél en el que se conoce la falta de compensación puede no ser el mismo.

De acuerdo con la finalidad de la norma parece que solo en el momento en el que se conozca que el perjuicio no será compensado, esto es normalmente transcurrido un año desde que se produjo sin que se compense, o con carácter previo si la dominante manifiesta su voluntad de no compensar, cabrá considerar iniciado el plazo. Obviamente

¹⁸ Comparte también la crítica al sistema previsto ESTEBAN DE VELASCO, G. “Grupos de sociedades...”, pág. 234 para quien tomando en consideración los posibles abusos que puedan cometerse en el ámbito de las garantías intragrupo señala con buen criterio que “...no parece que la vía a utilizar para combatir esos abusos sea poner obstáculos a las opciones de financiación del grupo”.

el conocimiento por parte del socio externo de la falta de compensación puede producirse en un momento posterior al del fin del plazo de un año para compensar, y así sucederá generalmente, y en tal caso será aquélla fecha y no ésta la relevante.

Tanto el artículo 291 – 16.3 como el 291 – 17.3 establecen que el socio que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente a la fecha en que se hubiera producido la integración, deducidas las cantidades que a partir de ese momento hubiera percibido en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones. La única diferencia entre ambos es que en el caso de que el derecho de separación surja por haber sufrido la dominada perjuicios no compensados deberán deducirse también las cantidades que en concepto de compensación parcial hubiera podido percibir la sociedad dominada (art. 291 – 17.3).

El Anteproyecto acude, con buen criterio, al valor razonable y no al valor real, a la hora de fijar la cuantía a la que tiene derecho el socio que se separa. También resulta adecuada la deducción de las cantidades obtenidas en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones, así como la de las cantidades percibidas como compensación parcial.

Algunas palabras merece, sin embargo, la fijación de la participación del socio externo en aquella que tuviera en el momento en que se hubiera producido la integración y no en aquella que tenga en el momento de ejercer su derecho de separación. Entre uno y otro momento, aun en una sociedad cerrada, pueden haberse producido eventos que conlleven un incremento o reducción de la participación, que de acuerdo con lo dispuesto en el precepto no debe ser tenido en cuenta.

Esta solución podría ser razonable respecto a las adquisiciones posteriores dado que el socio ya conocía la integración de la sociedad en el grupo, pero no parece razonable, en cambio, en caso de reducción de la participación.

Pongamos un ejemplo: Juan, accionista externo, poseedor de un 5% de la sociedad dominada, al conocer la integración en el grupo de la sociedad, temeroso de las consecuencias que esto tendrá para ésta, consigue vender la mitad de su participación a su cuñado Evaristo que piensa que la integración en el grupo supondrá una mejora de las posibilidades de negocio para la sociedad. No se ve la razón por la que Juan deba ser compensado por el 5% que poseía en el momento de la integración.

Parece, por tanto, que la regla debe ser de aplicación en el primer caso, mientras que en el segundo habrá que entender que no. La cuestión se solventaría fácilmente si el texto definitivo, si el anteproyecto llega a convertirse en ley, añadiese después de *integración* “que se encuentren en poder del socio externo en el momento de ejercer el derecho de separación”.

Por último, a este respecto, el artículo 291 – 18 establece que la sociedad dominante responderá solidariamente con la dependiente del reembolso al socio de su participación en los dos casos antedichos. Esta previsión se limita a estos supuestos sin que esta responsabilidad pueda ser exigida en otros casos en que la ley reconozca el derecho de separación al socio.

2.7.2. Venta forzosa

El artículo 291 – 19 regula la posibilidad de adquirir a los socios externos su participación sin contar con su consentimiento cuando la dominante posea un porcentaje muy elevado de capital – al menos el 90% - de la sociedad dominada o de los derechos de voto – al menos las tres cuartas partes – correspondientes a las acciones o participaciones creadas por la sociedad dominada.

Se trata de un caso de venta forzosa similar al establecido en los artículos 47 y 48 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que presenta las mismas dudas constitucionales que estos en cuanto que exista motivo suficiente para esta expropiación privada que lesiona el derecho de propiedad del titular de las acciones o participaciones. No se trata, por tanto, de un supuesto de exclusión, ya que la dominante adquiere las acciones o participaciones del socio externo de la dominada por precio.

La posibilidad de imponer la venta a los socios externos está sometida a ciertos límites. En primer lugar la dominante debe adquirir necesariamente todas las acciones o participaciones emitidas por la sociedad dominada. El pago deberá realizarse exclusivamente en dinero bien sea al contado o mediante consignación de la cantidad. El precio será equivalente a la cantidad de dinero que percibiría el socio caso de separarse más una indemnización equivalente al 10 por 100 de la cantidad principal, que a diferencia de ésta podrá ser entregada en acciones o participaciones de la sociedad dominante.

La adquisición podrá ser realizada por la dominante directamente o a través de sociedades dependientes.

2.8. Consolidación de cuentas

La parte más extensa de la regulación contenida en el anteproyecto relativa a los grupos viene dedicada a las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo, cuestión ésta en que desgraciadamente, dado el espacio asignado a las contribuciones a este homenaje, no es posible ni siquiera exponer. Señalar, tan solo, que se reubica el régimen de consolidación, regulado en los artículos 42 a 49 del vigente Código de comercio, en los artículos 291 -22 a 291 – 37 del Anteproyecto.

El texto del anteproyecto incorpora mejoras técnicas y de contenido y expone más claramente y de modo más amigable el régimen de las cuentas consolidadas.

A diferencia del texto del Código de comercio el Anteproyecto configura el deber de formular las cuentas consolidadas como un deber de los administradores y no simplemente como un deber de la sociedad.

De especial interés resulta la explicitación de los métodos de integración global y de integración proporcional (arts. 291 – 27 y 291 – 28).

2.9. Reglas de Derecho Internacional Privado

Bajo la ambigua rúbrica de ámbito de aplicación regula el artículo 291 -5 el punto de conexión que determina la aplicabilidad de la ley española a los grupos de sociedades. De acuerdo con el precepto los efectos de la pertenencia de una sociedad española a un grupo de sociedades, sea como sociedad dominante o como sociedad dominada, se regirán por la ley española.

Tras esta declaración el precepto enumera tres supuestos concretos de aplicabilidad de la ley española, distinguiendo un supuesto en el que se declara la aplicabilidad de la normativa sobre modificaciones estructurales españolas a cualquier segregación a favor de una o varias filiales extranjeras de activos industriales o comerciales esenciales de la explotación de una sociedad española. De otros dos supuestos referidos, el primero, a la sociedad dominante especificando que en tal caso serán de aplicación las normas españolas relativas a los deberes de información y consolidación, y el segundo a la sociedad dominada estableciendo que cuando la sociedad dominada sea española serán de aplicación las normas españolas relativas a la protección de los socios externos y de los terceros.

No queda claro el supuesto del primero de ellos. De las diferentes interpretaciones posibles parece la más adecuada a la finalidad de la norma que no es otra que la de obstaculizar la pérdida de activos de sociedades españolas que se transfieran a otras sociedades de grupos multinacionales con cabecera extranjera que pretendan, en un contexto de crisis, preservar los puestos de trabajo en otros estados, la que extiende la aplicabilidad de las normas españolas a cualquier segregación que conlleve la atribución de los activos industriales o comerciales esenciales de la explotación a cualquier filial del grupo con independencia de que la sociedad que sufre la segregación sea la dominante u otra filial.

Limitar la aplicabilidad de las normas españolas a los supuestos en los que la segregación afecta a la holding carecería, a mi juicio, de sentido, dado que el peligro se produce de modo idéntico en todo caso.

En todo caso hay que tener en cuenta que si la disposición española representa un tratamiento diferenciado respecto a otras reglas de DIP podríamos tener algún problema en los casos en que nos encontremos con grupos multinacionales de matriz extranjera cuya cabecera se encuentre en la Unión Europea desde la perspectiva de la prohibición de discriminación y de la protección de la libertad de circulación de capitales.

3. INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN

3.1. Consideraciones generales

El Anteproyecto regula en el título que dedica a las “Uniones de empresas” tres instrumentos de coordinación empresarial: los denominados grupos por coordinación a los que nos hemos referido, las agrupaciones de interés económico y las uniones

temporales de empresas. Las tres se configuran como instrumentos plurilaterales de organización jurídica de redes empresariales.

Los instrumentos de coordinación se diferencian claramente de los de subordinación tanto en su nacimiento y organización como en su funcionalidad.

Su creación obedece al libre acuerdo de las partes y no a la voluntad unilateral de una de ellas – constitución de una filial o toma de control -.

Su organización obedece a un esquema paritario en el que todos los miembros están representados a todos los niveles incluido el ejecutivo y adoptan las decisiones por consenso, en tanto que los miembros de un grupo por subordinación siguen las instrucciones impartidas por los administradores de la dominante y decididas exclusivamente por ésta sin participar en la adopción de la decisión acatando de modo jerárquico ésta.

Crean estructuras conjuntas ligeras fácilmente financiables y en muchas ocasiones carecen de patrimonio común.

Funcionalmente buscan que sus miembros obtengan individualmente los beneficios derivados de su actividad en condiciones paritarias y no generan vinculaciones financieras o de actividad entre sus miembros, a diferencia de lo que sucede con los grupos por subordinación, más allá de lo que conlleva la ligera estructura común de coordinación al soler tener las estructuras de coordinación carácter horizontal, esto es estar compuestos, total o principalmente, por empresas que realizan la misma actividad.

Los instrumentos de control y los de coordinación empresarial son por tanto como agua y aceite y el hecho de que ambos sean líquidos no parece habilitar a un tratamiento conjunto con soluciones equiparables como demuestra la dificultad constante del legislador de ir más allá de proclamar con carácter genérico la aplicabilidad de las normas de los grupos por subordinación a los grupos por coordinación, no achacable a la pereza jurídica sino a la absoluta inadecuación de tal solución regulatoria para realidades tan distintas.

3.2. Agrupaciones de Interés Económico

El Anteproyecto regula brevemente las Agrupaciones de Interés Económico y las Agrupaciones Europeas de Interés Económico sin grandes cambios que resaltar respecto al Código vigente. Mantiene la esquizofrenia legislativa en la regulación del tipo al que califica como “asociación” en el artículo 292.1.1. para establecer luego como régimen supletorio de las mismas el de la sociedad colectiva 292.6.

Se pierde con ello la posibilidad de eliminar la mención al régimen supletorio de la sociedad colectiva del todo impropio para una estructura de coordinación empresarial destinada al ejercicio de una actividad auxiliar respecto de la de sus asociados, que decide generalmente por consenso.

Más cuando el artículo 292-5 establece de forma separada la responsabilidad solidaria de sus miembros frente a terceros.

3.3. Uniones Temporales de Empresas

Mayores cambios conceptuales y regulatorios sufren las Uniones Temporales de Empresas que son consideradas sociedades mercantiles por el artículo 293 -1.1 aplicando subsidiariamente el régimen de la sociedad colectiva (arts. 293 -3).

Las Uniones Temporales de Empresas no son sociedades colectivas. Si los participantes en las UTEs, que suelen ser empresas de gran calado como ACS, FCC y otras del IBEX 35, que no carecen, sin duda, de asesoría jurídica adecuada, quisieran constituir una sociedad colectiva, lo harían.

La obsesión por reducir la realidad jurídica a las formas del contrato o la sociedad – que es a su vez contrato e institución – conlleva una pérdida de riqueza y de ampliación del campo de visión que retrasa lo que consideramos inevitable la estructuración jurídica de un *tertium genus* en el ámbito de la organización jurídica de las redes empresariales distinto del ámbito contractual y societario. En su día se pretendió, y aun se pretende de forma muy minoritaria, dar naturaleza societaria a los grupos de empresas eliminando su peculiaridad y poco a poco se crean soluciones diferenciadas para los mismos reconociendo su especificidad. Lo mismo sucederá con las redes empresariales.

Hoy se pretende realizar una labor ortopédica con las UTEs y con los instrumentos de coordinación empresarial que reclaman autonomía jurídica. Este creo no es el camino sino el de investigar dedicando fondos a ello lo que he calificado en otras ocasiones como el reto más fascinante del Derecho patrimonial para el siglo XXI sin prejuicios: un Derecho específico para las redes empresariales.

4. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión hay que señalar que el Anteproyecto ofrece nuevas e interesantes soluciones en materia de grupos por subordinación que hemos analizado a lo largo de este trabajo, pero que yerra al tratar de establecer la regulación de los denominados grupos por coordinación sobre la forma de los grupos por subordinación para cuya regulación está pensado el régimen previsto, al generar al impresión de tratamiento unitario de los instrumentos jurídicos de control y de coordinación – y decimos impresión ante la lógica ausencia de cualquier régimen común -, al pretender convertir las UTEs en sociedades colectivas y al mantener la esquizofrenia conceptual asociación sociedad y el régimen supletorio de las sociedades colectivas para las Agrupaciones de Interés Económico.